

Oliver Tolmein

## »Auf der Flucht erschossen«

Basierte das DDR-Grenzregime auf »gesetzlichem Unrecht«? Überlegungen zur Legitimität einer Verurteilung der »Mauerschützen«

Veröffentlicht in: Konkret 02/97, S. 29

### I

Der PDS-Bundestagsabgeordnete Manfred Müller gibt sich ein wenig ratlos: »Man kann doch nicht sagen, es gibt ein Naturrecht auf Leben, das wird eingeschränkt durch Krieg, und diese Einschränkung ist erlaubt. Wir sind doch angetreten, eine Zivilgesellschaft zu entwickeln, in der Gewalt überflüssig gemacht wird.« Und einen wichtigen Schritt hin auf dieses Ziel sind in seinen Augen die Gerichte der Bundesrepublik Deutschland gegangen, die, zuletzt das Bundesverfassungsgericht, die Strafbarkeit des Tuns der sogenannten »Mauerschützen« bejaht haben.

Was dem linken Gewerkschafter und PDS-Abgeordneten richtig und notwendig erscheint, hält der eher konservative Strafrechtswissenschaftler Günther Jakobs von der Universität Bonn für fatal falsch: Um den schlimmen »Kulturverlust«, der die »gelebte Rechtsordnung der DDR« in seinen Augen bestimmte, deutlich zu machen, schlägt er vor: »Im Verzicht auf Strafverfahren läge die Aussage, dieser Staat werde als politisch schlechthin indiskutabel, als überwunden begriffen, damit wäre diese Vergangenheit bewältigt.«

Mit gleichem Ergebnis, jedoch aus anderen Motiven argumentiert neben dem Berliner FU-Professor Uwe Wesel auch der Moralphilosoph Ernst Tugendhat ([LINK ZU TUGENDHAT BIOETHIK](#)). Beide stellen, wie auch Jakobs im Rahmen seiner Argumentation, auf das Rückwirkungsverbot des Grundgesetzes ab, nach dem eine Tat nur bestraft werden kann, wenn ihre Strafbarkeit gesetzlich bestimmt war, bevor sie begangen wurde. Tugendhat beharrt zudem darauf, Moral und Recht strikt voneinander zu trennen: »Auch wenn ein vermeintlicher Verbrecher in einer moralisch unmöglichen Ordnung moralisch unmöglich gehandelt hat, darf ich ihn nicht rechtlich, sondern nur moralisch verurteilen.«

Dagegen hat sich der sonst als Abolitionist profilierte Frankfurter Strafrechtskritiker Klaus Lüderssen in mehreren Veröffentlichungen für eine Verfolgung der in der DDR begangenen »schweren Verletzungen« des Rechts, damit meint er die sogenannten »Exzeßtaten«, ausgesprochen: Das Strafrecht der DDR minus der politischen Opportunität, die die Strafverfolgung zur Tatzeit verhindert hat, bietet seiner Meinung nach dafür eine ausreichende Basis, eine, die mit dem Rückwirkungsverbot nicht kollidiert.

Die Fronten dieser Auseinandersetzung, die durch die Urteile des Bundesgerichtshofes und des ähnlich argumentierenden Bundesverfassungsgerichts allerdings eher abgeschlossen als intensiviert worden ist, verlaufen, wie man sieht, nicht einfach entlang der Linien eines Rechts-Links-Koordinatenkreuzes. Das liegt auch daran, daß die Perspektiven, aus denen die Taten und deren Bestrafung betrachtet werden, ganz unterschiedlich sind.

Die einen beschäftigen sich vor allem mit dem Strafanspruch der BRD: Die Verfolgung der Mauerschützen läßt sich als Konsequenz des traditionellen Alleinvertretungsanspruchs der BRD verstehen, als Abrechnung mit dem verhaßten Regime, dessen Legitimität nachträglich noch einmal dadurch zerstört wird, daß gerade Handlungen im Rahmen des Grenzregimes, also jener Einrichtung, in der die Konfrontation der beiden deutschen Staaten am deutlichsten sichtbar und am schärfsten ausgetragen wurde, als Verbrechen verfolgt werden. Gleichzeitig, und das erweist sich als Problem für diejenigen Rechtswissenschaftler, die nicht nur das Ressentiment gegen den real existierenden Sozialismus treibt, sind die Grenzschilder der DDR aber als staatliche Machtorgane in Aktion getreten - sie im Nachhinein dafür zu bestrafen, stellt staatliche Autorität an sich in Frage. Die Debatte um die Möglichkeiten, die tödlichen Schüsse an der DDR-Staatsgrenze abzuurteilen, wird so auch zu einer Auseinandersetzung darüber, welche Rolle dem Recht in einer staatlichen Ordnung zugewiesen wird, wie das Verhältnis von Staat, Recht und Gesellschaft beschaffen sein soll.

Statt des Strafverfolgungsanspruchs der BRD kann die Debatte aber auch auf das Handeln der Täter und auf ihre Opfer konzentriert werden: Dann geht es vor allem um die Frage, wie strafwürdig die Mauerschüsse tatsächlich jeweils waren, wie bedeutsam es erscheint, den Opfern und ihren Angehörigen wenigstens im Nachhinein Gerechtigkeit widerfahren zu lassen (wenn man die Schüsse denn für Unrecht hält). Mit so einem Ansatz begründet beispielsweise der Rechtsphilosoph Robert Alexy anhand einer der vom Bundesverfassungsgericht entschiedenen Fälle, warum der Paragraph 27 des DDR-Grenzgesetzes, der tödliche Schüsse auf Flüchtlinge rechtfertigt, »gesetzliches Unrecht« darstellt, das einer Verurteilung der »Mauerschützen« nicht entgegenstehen kann: »Es gab in der DDR zu Zeiten der hier zu beurteilenden Schüsse keine freie öffentliche Diskussion politischer Fragen und schon gar keine freie öffentliche Diskussion über die richtige Lösung des Ausreiseproblems. Für das Opfer S. (einen beim Fluchtversuch erschossenen jungen Mann, O.T.) bedeutete dies, daß er sich nicht mit öffentlich vorgetragenen Argumenten dagegen wehren konnte, in eine Gemeinschaft eingebunden zu sein, die es nicht ändern konnte. Die DDR war eine nicht-diskursive Gesellschaft. Auch das ist für sich genommen kein extremes Unrecht. Wenn aber alles zusammenkommt: Ein ganzes und einziges Leben, das man führen soll, wie man nicht will, die Unmöglichkeit, sich mit Argumenten dagegen zu wehren, das Verbot, dem zu entfliehen, und der Todesschuß für den, der das nicht hinnimmt, dann kann an dem Urteil, daß extremes Unrecht geschah, als das Leben der zumeist jungen Menschen ausgelöscht wurde, die ihre Konzeption des guten Lebens, selbst um den Preis ihres Todes, realisieren wollten, kein Zweifel sein.« Alexy reflektiert auch die Seite der Grenzsoldaten, denen er attestiert, daß sie, die ihr ganzes Leben »in einem auf Indoktrination angelegten System verbracht (haben)«, von einer »moralischen Blindheit«, die sie das »extreme Unrecht« verkennen ließ, geschlagen waren, so daß sie in der Regel nicht schuldig gesprochen werden dürften.

## II

Das Bundesverfassungsgericht hat in seinem Urteil vom 24. Oktober 1996 die Möglichkeit und Notwendigkeit, einige Angehörige der Grenzschutztruppen zu bestrafen, und zwar sowohl für das Grenzregime verantwortliche hohe Offiziere als auch Soldaten, die Flüchtlinge getötet haben, damit begründet, daß sie

»gesetzliches Unrecht« begangen hätten, das zu ahnden das Rückwirkungsverbot des Grundgesetzes teilweise außer Kraft gesetzt werden müsse: »Das strikte Rückwirkungsverbot des Art. 103 Abs. 2 GG findet seine rechtsstaatliche Rechtfertigung in der besonderen Vertrauensgrundlage, welche die Strafgesetze tragen, wenn sie von einem an die Grundrechte gebundenen demokratischen Gesetzgeber erlassen werden. An einer solchen besonderen Vertrauensgrundlage fehlt es, wenn der Träger der Staatsmacht für den Bereich schwersten kriminellen Unrechts die Strafbarkeit durch Rechtfertigungsgründe ausschließt, indem er über die geschriebenen Normen hinaus zu solchem Unrecht auffordert, es begünstigt und so die in der Völkerrechtsgemeinschaft allgemein anerkannten Menschenrechte in schwerwiegender Weise mißachtet. Der strikte Schutz von Vertrauen durch Art. 103 Abs 2 GG muß dann zurücktreten.«

Der Gedanke geht auf Gustav Radbruch, Rechtshistoriker und in der Weimarer Republik kurzzeitig Justizminister, zurück. Radbruch, den Carl Schmitt ein »geisteswissenschaftliches Pin-Up des befreiten Deutschland« nannte, begründete 1946/47, warum Nationalsozialisten bestraft werden sollten, obwohl sie im Rahmen bestehender Gesetze gehandelt hatten: »Wenn sich in der Regel die Geltung positiven Rechts durch die Rechtssicherheit rechtfertigen läßt, so bleibt in gewissen Ausnahmefällen horrend ungerechter Gesetze die Möglichkeit, solchen Gesetzen ihrer Ungerechtigkeit wegen die Geltung abzuspochen.« Gesetzliches Unrecht sieht Radbruch dort, wo »der Widerspruch des positiven Gesetzes zur Gerechtigkeit ein so unerträgliches Maß erreicht, daß das Gesetz als >unrichtiges Recht< der Gerechtigkeit zu weichen hat.« Für die meisten vom NS-Regime neugeschaffenen Gesetze hatte der sozialdemokratische Professor, der 1933 aus dem Staatsdienst entlassen wurde, allerdings eine andere Qualifikation bereit: »Wo die Gerechtigkeit nicht einmal erstrebt wird, wo die Gleichheit, die den Kern der Gerechtigkeit ausmacht, bewußt verleugnet wurde, da ist das Gesetz nicht etwa nur >unrichtiges Recht<, vielmehr entbehrt es überhaupt der Rechtsnatur. Denn man kann Recht gar nicht anders definieren, als eine Ordnung und Satzung, die ihrem Sinn nach bestimmt ist, der Gerechtigkeit zu dienen.« Radbruch hat kurz nach Veröffentlichung seiner Thesen zum »gesetzlichen Unrecht« in einer Auseinandersetzung mit dem von den West-Alliierten verkündeten Kontrollratsgesetz Nr. 10, das die Bestrafung von Humanitätsverbrechen ermöglichte, auch wenn diese durch NS-Recht zur Tatzeit gedeckt waren, festgestellt, daß die von ihm gebrauchten Begriffe - »gesetzliches Unrecht«, »übergesetzliches Recht« - »ihre Grenze in den völlig singulären Verhältnissen der zwölf Nazi-Jahre (finden), in Ereignissen, die wir wegen ihrer Einzigartigkeit auch jetzt noch kaum zu fassen vermögen und deshalb als dämonisch, als apokalyptisch zu deuten geneigt sind«.

In der bundesdeutschen Rechtsprechung hat Radbruchs Position anfangs nur scheinbar eine Rolle gespielt, später verschwand auch der Schein noch. Immerhin: 1968 setzte sich das Bundesverfassungsgericht mit einer Rechtsvorschrift aus der Zeit des Nationalsozialismus im Sinne Radbruchs auseinander: Den Nachkommen eines erst ausbürgerten und später aus Amsterdam in ein KZ deportierten jüdischen Rechtsanwaltes war von den Instanzgerichten verwehrt worden, einen deutschen Erbschein zu erhalten. Das Bundesverfassungsgericht entschied dagegen im Sinn der Erben: »Diese Regelung f 2 der Elften Verordnung zum Reichsbürgergesetz vom 25. November 1941 (RGBL I S. 722)<sup>1</sup> kann nur so verstanden werden, daß sie dazu beitragen sollte, die zur Emigration gezwungenen Juden ins Elend zu stürzen und zugleich der Fürsorge des Auslandes zu überlassen. Die 11. Verordnung war ein Mittel, die

verfolgten Juden nach Möglichkeit auch jenseits der Grenzen des nationalsozialistischen Machtbereichs zu vernichten. Der Versuch, nach >rassischen( Kriterien bestimmte Teile der eigenen Bevölkerung mit Einschluß der Frauen und Kinder physisch und materiell zu vernichten, hat mit Recht und Gerechtigkeit nichts gemein. Recht und Gerechtigkeit stehen nicht zur Disposition des Gesetzgebers. Die Vorstellung, daß ein Verfassungsgeber alles nach seinem Willen ordnen kann, würde einen Rückfall in die Geisteshaltung eines wertungsfreien Gesetzespositivismus bedeuten, wie sie in der juristischen Wissenschaft und Praxis seit längerem überwunden ist. Gerade die Zeit des nationalsozialistischen Regimes in Deutschland hat gelehrt, daß auch der Gesetzgeber Unrecht setzen kann.«

### III

Im Mauerschützenverfahren hat das Bundesverfassungsgericht argumentiert: »Ein Rechtfertigungsgrund (muß) bei der Rechtsanwendung unbeachtet bleiben, wenn er die vorsätzliche Tötung von Personen deckte, die nichts weiter wollten, als unbewaffnet und ohne Gefährdung allgemein anerkannter Rechtsgüter die innerdeutsche Grenze zu überschreiten. Die Unterordnung des Lebensrechtes der Einzelnen unter das staatliche Interesse an der Verhinderung von Grenzübertritten führte zur Hintansetzung des geschriebenen Rechts gegenüber den Erfordernissen politischer Zweckmäßigkeit. Sie war materiell schwerstes Unrecht.« Die jeweils knappe Beschreibung, wie hier auf unbewaffnete junge Männer, die versuchten, die Grenzanlagen zu überwinden, geschossen wurde, wie sie von Splitterminen schwer verletzt wurden, ohne daß umgehend lebensrettende Hilfe zur Stelle war, macht in der Tat beklommen: In der Bundesrepublik haben Linke schon in weniger brutal wirkenden Fällen Polizeiattacken als »faschistisch« bezeichnet. Und selbst wenn man, anders als es das Bundesverfassungsgericht und der Bundesgerichtshof tun, die Gründe, die die DDR hatte, ihre Grenzen zu schließen und das Recht auf Ausreise nicht als allgemeines Menschenrecht zu praktizieren, akzeptiert, widerspricht es dem Rechtsgefühl, daß Menschen für den Verstoß gegen diese gesetzlichen Normen getötet wurden ' daß diese Variante des »Auf der Flucht erschossen« als legitim gelten soll.

Gleichzeitig aber ist auch in den Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts selber der Unterschied zwischen dem, was an der DDR-Grenze geschehen ist, und der systematischen Verfolgung und Vernichtung ganzer Bevölkerungsgruppen, die die Staatspraxis des Nationalsozialismus geprägt haben, evident. Daß der Paragraph 27 des Grenzgesetzes der DDR von der Bundesrepublik auch keineswegs einfach als »gesetzliches Unrecht« qualifiziert werden kann, macht schon ein kurzer Blick in die bundesdeutschen Gesetze deutlich: Der Wortlaut ist fast identisch mit den Paragraphen 15 und 16 des »Gesetzes über die Anwendung unmittelbaren Zwangs und die Ausübung besonderer Befugnisse durch Soldaten der Bundeswehr« bzw. mit den Paragraphen 10 und 11 des »Gesetzes über unmittelbaren Zwang«. Und auch die Auslegung ist kaum anders. In einem Urteil des 5. Strafsenats des BGH ist deswegen die denkwürdige Passage zu lesen: »Der Senat findet es befremdlich, daß im Schrifttum bei der Auslegung des Paragraphen 16 UzwGBw ein bedingter Tötungsvorsatz als von der Vorschrift gedeckt bezeichnet worden ist, und pflichtet Frowein darin bei, daß in der Bundesrepublik Deutschland der Schußwaffengebrauch gegen Menschen angesichts seiner unkontrollierbaren

Gefährlichkeit auch im Grenzgebiet auf die Verteidigung von Menschen beschränkt bleiben sollte. Der Umstand, daß die derzeitige Auslegung der Schußwaffenvorschriften des geltenden Rechts im Lichte des Verhältnismäßigkeitsprinzips nicht in jeder Weise befriedigend ist, rechtfertigt indessen kein Verständnis für den Schußwaffengebrauch durch die DDR-Grenztruppen.«

Neben den unbedingt guten Vorsätzen des BGH hilft der gegenwärtigen Rechtsprechung über die Runden, daß sie keine Argumente braucht, um das aktuelle Grenzregime mit dem alten, verbrecherischen in Beziehung zu setzen: Schließlich kommen heute Menschen nur noch ums Leben, weil die »offenen Grenzen der Bundesrepublik Deutschland« (so der 5. Strafsenat des BGH) nach außen abgeschottet sind und nicht nach innen. Auch sind keine Todesschüsse und Minen mehr nötig, es reicht die starke Strömung der Oder. Statt tätig einem blutigen Geschäft nachgehen zu müssen, können sich die Grenzschrützer und die politisch Verantwortlichen damit begnügen, nichts zu tun: kein aktiver Rettungsdienst, keine medizinische Notversorgung, statt dessen Nachtsichtgeräte und scharfe Hunde.

Wenn es ernst wird, wenn ein Autodieb durch die Lappen zu gehen droht oder ein illegaler Plakatierer nicht schnell genug den Pinsel fallen läßt, dann schießt allerdings auch die bundesdeutsche Polizei - und sie trifft tödlich: im Durchschnitt ein gutes Dutzend Mal im Jahr. Manchmal sind die Opfer bewaffnet, oft genug sind sie es nicht. Da fragt es sich schon, ob man die gegenwärtige Todesschußpraxis der bundesdeutschen Polizei und das gegen die nach Deutschland drängenden Flüchtlinge gerichtete gegenwärtige Grenzregime in besseren Zeiten oder, sollten diese, wie zu erwarten, ausbleiben, wenigstens im Prinzip ungesühnt lassen möchte, nur weil es den Strafverfolgern heute kein nennenswertes Engagement wert zu sein scheint. Oder, mit Blick auf den »Euthanasie«-Befürworter Ernst Tugendhat gefragt, der Recht und Moral strikt voneinander getrennt wissen will und weiterhin daran arbeitet, einer praktischen Ethik zum Durchbruch zu verhelfen, die auch die Tötung von neugeborenen Behinderten oder Menschen im Koma beinhaltet: Hat es mehr als taktische Bedeutung, wenn heute, angesichts der Verfolgung der »Mauerschützen«, das Rückwirkungsverbot so engagiert verfochten wird? Oder, andersherum, hat auch für Linke die Rechtssicherheit im Staat einen so hohen Stellenwert, daß sie eine Durchbrechung des Rückwirkungsverbots nur angesichts der nationalsozialistischen Verbrechen akzeptabel finden?

#### IV

Die »Mauerschützen«-Verfahren und ähnliche Prozesse gegen 1 V Menschen, die ehemals Träger der DDR-Staatsgewalt waren, stehen in engem Zusammenhang mit dem Uno-Kriegsverbrecher-Tribunal in Den Haag und den Bemühungen, ein internationales Völkerstrafrecht zu schaffen. Daß parallel zu diesen juristischen Projekten Überlegungen an Terrain gewinnen, internationale »Polizeieinsätze« durchzuführen oder Sondertruppen aufzustellen, die z.B. in Bosnien Verdächtige verhaften, denen Kriegsverbrechen zur Last gelegt werden, ist, wie ein Blick in die Elendsviertel, Kriegsgebiete, auf die Listen der zum Tode Verurteilten oder in die Labors der Kriegswaffen-Hersteller leicht klarmacht, nicht etwa Ausdruck einer allgemeinen Zivilisierung der Welt. Es ist Ausdruck eines gesellschaftlichen Rollbacks in den westlichen Industrienationen (die diesen Trend vorantreiben)

und Zeichen ihrer unangreifbarer gewordenen, von außen kaum noch in Frage gestellten Macht. Die auf internationaler Ebene bzw. im zwischenstaatlichen Verhältnis zu verzeichnende Kriminalisierung von Politik korrespondiert dabei mit einer Renaissance und Verschärfung des Sanktionsstrafrechts im Inneren: Daß mit der Ausdehnung des Verfolgungsanspruchs rechtsstaatliche und formale Garantien ausgehöhlt werden und man dabei ist, vom Legalitäts- zum Opportunitätsprinzip überzugehen und dessen autoritäre Komponente zu verstärken, zeigt, daß es hier nicht um die Fortschreibung rechtsstaatlicher Prinzipien geht, sondern um die Indienstnahme eines bewährten Kontrollinstruments für neue Aufgaben. Strafrecht wird so, angesichts der scheinbaren Objektivität und Legitimation dessen, der es anwendet, für die Zukunft zum bevorzugten Ordnungsinstrument der neuen Weltordnung: Mit Zivilgesellschaft, Gleichheit und Freiheit hat das ungefähr so viel zu tun wie Knast mit allgemeiner Emanzipation.